La filosofía del Derecho como filosofía práctica. A propósito de "La filosofía del Derecho como filosofía «regional»" de M. Atienza

Jesús Vega
Universidad de Alicante

Introducción

Aunque, como anuncia su título, el propósito principal de este trabajo es formular ciertas tesis orientadas a entender la filosofía del Derecho como "filosofía práctica", acometeré la tarea en forma de comentario al texto mencionado en el subtítulo: un artículo de Manuel Atienza publicado recientemente en su blog[1] donde, a propósito del presente Congreso y del proyecto general del que forma parte, replantea el problema del carácter sectorial o "regional" de la Filosofía del Derecho.

En dicho texto Atienza hace referencia, a su vez, al abordar la cuestión de la definición de la filosofía del Derecho como disciplina regional, a algunas tesis por mí defendidas en un trabajo no publicado sobre el asunto. Se trata de un extracto del "Proyecto docente" que era preceptivo presentar en el primer ejercicio de las oposiciones a Profesor Titular (cuando todavía existía tal cosa). El candidato debía explicar, antes de proponer un programa de las distintas asignaturas, cuál era la concepción general de la materia de la que aspiraba a ser profesor. Yo lo titulé "El Derecho y la filosofía. Una justificación de la Filosofía del Derecho" e intentaba ahí ofrecer una vindicación de la naturaleza estrictamente filosófica de nuestra disciplina. Para ello pasaba revista a los intrincados tópicos que inevitablemente salen al paso a cualquiera que enfrente el problema del *status* de la "Filosofía del Derecho". Por ejemplo, su institucionalización significativamente *moderna* como disciplina: la *Philosophie des positiven Rechts* de Hugo (1798), la *Philosophy of Positive Law* de Austin (1861), la *Philosophie des Rechts* de Hegel (1821) ¿eran realmente una nueva disciplina o sólo un nuevo nombre para una reflexión filosófica ya tradicional? Aquí el trasfondo de la discusión era la disyuntiva entre rupturismo y continuismo, y el referente principal la conocida tesis de González Vicén sobre la filosofía del Derecho como "concepto histórico"[2] vinculado al positivismo como hecho (la positivización del derecho en la modernidad) y como teoría (o conjunto de ellas). También surgía el problema de las consabidas bifurcaciones históricas y temáticas de nuestra disciplina: por un lado, Filosofía del Derecho de los juristas *versus* Filosofía del Derecho de los filósofos (donde el referente de la discusión era otro clásico artículo de Bobbio y su propia valoración de esa doble tradición[3]); y, por otro, Filosofía del Derecho *versus* Teoría del Derecho (donde reaparecía la polémica del positivismo jurídico y del iusnaturalismo). Tomar posición sobre todo ello requería, por supuesto, adoptar un planteamiento previo sobre la cuestión de qué es

[1] Atienza (2015).
[2] González Vicén (1969).
[3] Bobbio (1990).

en general la filosofía, unas premisas mínimas para la definición de la racionalidad filosófica y una clasificación metateórica de los géneros del discurso filosófico disponibles, sobre la base de lo cual yo sentaba una propuesta de definición de la filosofía del Derecho como filosofía "crítica" (un nombre nada original, obviamente, cuya vaguedad trataba de despejar por contraste con otras alternativas o tipos ideales a los que denominaba filosofía "dogmática", "adjetiva" y "genitiva" del Derecho).

En el centro de esta previa toma de partido sobre el discurso filosófico se situaba la difícil cuestión de reformular las relaciones existentes entre la filosofía jurídica como disciplina "especial", "sectorial", "aplicada" o "regional" y la filosofía "general" (o "pura" o "fundamental", etc.). Aquí confluía el problema genérico acerca de cuáles sean las "partes" de la filosofía entendida como tal disciplina general (lógica, epistemología, ética, antropología, filosofía natural, etc., siendo así que ellas mismas son vistas muchas veces también como filosofías "especiales") con el problema específico ofrecido además por una disciplina filosófica que está explícitamente "centrada" en torno a una institución particular, como es el Derecho (un caso comparable al de otras "filosofías de": filosofía de la religión, filosofía del arte, de la Historia, etc.). Y era precisamente esta cuestión la que interesaba a Atienza para la formulación de su propuesta de una filosofía jurídica entendida como filosofía "regional".

Sin embargo, en su texto Atienza me atribuye una interpretación de algunas de mis propias tesis que entiendo desajustada y equívoca en ciertos aspectos importantes. Si mi escrito estaba sin publicar es debido a que lo consideré en su momento una propuesta fundamentalmente programática o "escolar", por así decir, que —dada su condición "iniciática"— estaba por desarrollar y, en cualquier caso, requería del imprescindible reposo. Como después de este tiempo sigo considerando sustancialmente correctas las ideas que en él defendía, encuentro ahora la ocasión para volver sobre ellas, aclarar los malentendidos (puesto que realmente son sólo malentendidos: no existe discrepancia alguna de fondo) y profundizar en sus implicaciones. El presente Congreso incluye en su agenda, como primer tema, el de un replanteamiento del sentido de la filosofía jurídica en los países de cultura latina. La propuesta de entenderla como una "filosofía práctica", que trataré de articular en estas páginas, constituye un desarrollo de lo que en aquella primera aproximación llamaba "filosofía crítica" del Derecho. A ésta exigía entonces tres notas fundamentales: ser una filosofía "positiva", "intercategorial" y "sistemática". Estos tres rasgos —cuyo designio era tomar distancia tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo, por cuanto ambas serían filosofías jurídicas que no dejan de contener elementos de una visión "dogmática", "adjetiva" o puramente "genitiva" del discurso iusfilosófico, y en esa medida serían, por tanto, filosofías acríticas (o al menos no suficientemente críticas)— venían respaldados además por una tesis general, allí solamente delineada, de acuerdo con la cual lo decisivo a la hora de entender qué tipo de filosofía es —o debe ser— la filosofía del Derecho no es tanto (o no sólo) la relación que hay entre ella y la filosofía en general cuanto sobre todo la relación que hay entre ella y el propio Derecho. Es el tipo de práctica que el Derecho es lo que convierte en necesaria su vinculación interna e ineludible con ideas y concepciones de naturaleza filosófica. Esta visión práctica del Derecho, expresiones diferentes de la cual pueden encontrarse en autores contemporáneos de gran relevancia que de distintos modos se han situado más allá de la dicotomía iuspositivismo-iusnaturalismo (como Nino, Alexy o Dworkin, y el propio Atienza) sería entonces —es lo que sostengo— íntimamente solidaria de una visión de la filosofía jurídica como filosofía práctica.

El rasgo esencial que considero unido a tal condición —la de constituir un tipo de "filosofía práctica"— es la centralidad y preeminencia que en ella adquiere la dimensión valorativa, el concepto del valor. Las ideas fundamentales de la filosofía del Derecho serían *valores*. Y de ahí la cercanía y necesidad del discurso iusfilosófico con la propia práctica jurídica. Lo que otorga a la filosofía jurídica un lugar especial (incluso una suerte de "primado") dentro del espacio de la filosofía práctica es la perspectiva privilegiada que tiene respecto de los valores prácticos fundamentales (esto es, los valores morales y políticos) en razón de su proximidad con la práctica del Derecho, que es aquella institución cuya misión consiste precisamente en reconciliar el conflicto y recomponer la unidad de esos valores en términos justificativos y argumentativos. Atienza, sin embargo, saca de mi texto la sorprendente conclusión de que el planteamiento en él expuesto no dejaría espacio para la reflexión sobre los valores dentro de la filosofía del Derecho y que dentro de la partición temática de la misma que hago —entre epistemología y ontología jurídica— no habría cabida para la teoría de la justicia o la corrección en el Derecho como enfoque autónomo. Mostrar que esto es un *non sequitur* de la concepción de la iusfilosofía que yo sostenía en aquel texto será, pues, el motivo central de mis comentarios. Para ello trataré de explicitar y remarcar lo que ciertamente estaba allí tal vez sólo implícito, pero no ausente: que la involucración necesaria del Derecho como institución con la razón práctica —y, por tanto, con los valores— hace imprescindible para él incorporar concepciones de naturaleza filosófica, y que es este hecho el que convierte inevitablemente a la filosofía del Derecho en filosofía práctica.

1. Una concepción general de la filosofía

Decía que no hay discrepancia en cuanto al fondo porque la concepción de la filosofía jurídica de la que parte Atienza y la que yo adoptaba como marco de referencia en mi trabajo es la misma. Se trata de la visión de la filosofía del Derecho como "totalización racional y crítica del fenómeno jurídico"[4]. Es esta una especificación de una definición general de la filosofía que proviene de Gustavo Bueno y que éste introdujo en el contexto de una polémica clásica con Manuel Sacristán a inicios de los años 70 del pasado siglo sobre el papel de la filosofía en los estudios superiores. La seña característica de esta concepción estriba en la diferenciación entre *conceptos* e *ideas*. Los conceptos serían propios de la ciencias (en un sentido amplio, comprensivo de las técnicas), mientras que las ideas serían la materia propia de la filosofía. Ambos —conceptos científicos e ideas filosóficas— constituirían "totalizaciones críticas" (la "crítica" no es privativa de la filosofía) y ambos envuelven universalidad. Pero el tipo de totalización y de universalidad de las ideas es diferente e irreductible al de los conceptos. Los problemas filosóficos responden además a un formato diferente: no son problemas técnicos o científicos, sino problemas que surgen a partir o con ocasión de éstos. De manera que la filosofía tendría una justificación autónoma y sustantiva como saber diferenciado, no pudiendo ser reducido ni a un simple saber "adjetivo" (destinado a ser "liquidado" por las ciencias) ni "genitivo" (reducido a simple análisis lógico o síntesis enciclopédica en relación con el saber científico), ni tampoco, por supuesto, un saber "dogmático" (desconectado de la ciencia o "metafísico").

[4] Atienza (1989: 371); véase también Díaz (1992: 334, 369).

Las ciencias, sin duda, son el exponente del saber más universal que conocemos. Sin embargo, la suya sería una universalidad restringida o acotada a ciertos dominios conceptuales (o "universos de discurso") más o menos cerrados en función de teorías y leyes objetivas, dominios a los que Bueno, siguiendo una denominación tradicional, llama "categorías": las categorías físicas, químicas, matemáticas, antropológicas, sociológicas, psicológicas, etc. Los conceptos científicos (incluyendo las técnicas y las tecnologías) serían universales relativamente a —o dentro de— cada uno de estos dominios categoriales, segregando todo aquello que sea conceptualmente impertinente —"externo"— a ellos. Pero por ello mismo no *agotarían* todo lo que puede ser dicho racionalmente ni respecto a cada categoría ni sobre el conjunto de las mismas (es decir, sobre la conceptualización del mundo). Al menos cuestiones tales como las relaciones que hay entre esas diversas categorías (cuántas ciencias hay y en qué se diferencian), su alcance (hasta dónde llega la universalidad de cada ciencia) o su validez (qué significa considerar universalmente fundado un conocimiento científico) serían problemas que ya no pueden ser resueltos desde el interior de las categorías mismas: pues no son problemas científicos o técnicos, analizables en los términos de sus propios instrumentos conceptuales. Por el contrario, exigen un diferente tratamiento racional, una totalización de otro orden, pero también de carácter universalista, y este es precisamente el discurso filosófico. Habría, pues, otro género de conceptos "de segundo orden", cuya universalidad es transversal a los conceptos categoriales e irreductible a ellos. Serian conceptos *trascendentales*, por cuanto "trascienden" a cada una de las categorías, pero no a todas en su conjunto (como sucedía con las tres ideas clásicas de la metafísica tradicional arrumbadas por Kant en la primera *Crítica*)[5]. A estos conceptos cabe llamarlos en efecto *ideas* filosóficas, siguiendo de nuevo una tradición que arranca de Platón y llega hasta Kant o Hegel, sin tener por ello que comprometerse con la concepción metafísica tradicional, sino entendiéndolas como ideas histórico-culturales. Las teorías filosóficas no son sino elaboraciones e interpretaciones más o menos sistemáticas de estas ideas a lo largo de su curso histórico. Responden por tanto a problemas suscitados por los conceptos de las ciencias que, sin embargo, se resisten a ser asimilados o reducidos a problemas simplemente científicos. En la medida en que involucran ideas y no sólo conceptos, los problemas filosóficos tienen un formato genuinamente propio. No son *resueltos* por las ciencias o técnicas, sino más bien *replanteados* por éstas (y de ahí su persistencia histórica). Un problema filosófico se caracteriza por que cuestiona toda una categoría, al ponerla en conexión con otras e indagar acerca de sus fundamentos y su validez. Eso es lo que sucede, como enseguida veremos, con las preguntas de tipo *epistemológico* y *ontológico*. Éstas suscitan cómo las categorías representan o conceptualizan el mundo y cómo el mundo es representado o conceptualizado por ellas. La respuesta a ello exige un tipo de reflexión totalizadora que envuelve la *crítica* —es decir, el análisis, la comparación, la clasificación— de los conceptos científicos entre sí con arreglo a concepciones generales más o menos sistemáticas que manejen ideas epistemológicas (una cierta teoría de la ciencia o del conocimiento) y ontológicas (una cierta teoría de los elementos constituyentes de lo real).

Aceptado lo anterior como esquema general válido (cosa que Atienza hace explícitamente), la cuestión es qué significaría en relación con el Derecho tal "totalización

[5] Pero la "trascendentalidad" tendría entonces un sentido no apriorístico o metafísico (como sucede en el propio Kant) sino relativo a la recurrencia *a posteriori* de la racionalidad práctica humana (Bueno, 1970; 1999). Una perspectiva similar en Nagel (2000).

crítica" a la hora de definir la filosofía jurídica. Por un lado, hay que precisar el sentido que tiene esa noción de "totalización". Por otro, hay que poder dar un contenido preciso a ese tópico del carácter "crítico" de la filosofía del Derecho, de modo que no constituya una "propuesta meramente verbal"[6].

Respecto a lo primero, aunque Atienza tiende a asimilar la noción de totalización con las de "universalidad" o "generalidad" (y precisar que no se confunden es importante por lo que luego se verá), más adelante vincula su significado específicamente con el carácter trascendental o intercategorial de la iusfilosofía. Así, señala que "la función esencial de los filósofos del Derecho tendría que ser la de actuar como «intermediarios» entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales —incluida la filosofía—, por el otro. […] La filosofía del Derecho no tiene tampoco un terreno acotado en exclusividad en el conjunto de los saberes jurídicos y sociales, sino que su campo es más bien el de las relaciones entre estos diversos sectores de la cultura; su lugar está, precisamente, en las fricciones y en los vacíos que se producen en el funcionamiento de los mismos. Por eso, la filosofía del Derecho puede tener la pretensión de ser un saber *totalizador*, en la medida en que su punto de partida y de llegada sean esos otros saberes y prácticas" (2005: 5).

Respecto a lo segundo, la dimensión crítica de la filosofía jurídica, Atienza asume que deriva de que ésta reflexiona "desde una perspectiva que no coincide con la de quienes se sitúan en el interior de cada una de esas parcelas, pues el filósofo del Derecho puede y debe cuestionar los marcos establecidos, lo cual, como hemos visto, le está vedado al que opera exclusivamente desde el interior de una determinada ciencia o técnica (que, naturalmente, no renuncia a la crítica, sino que la ejerce de una manera distinta)" (ibid.).

Ambos rasgos, como se ve, son sustancialmente coincidentes. Y ambos conducen a plantear un mismo problema: ¿cómo es posible que la filosofía del Derecho, hallándose "centrada" en una única categoría, sea genuinamente "filosófica", es decir, constituya un discurso totalizador-critico (trascendental o intercategorial)? Dicho de otro modo: si lo que hace de la filosofía jurídica un discurso propio y específico es su carácter "intermediario" o "transversal" en relación con las diferentes conceptualizaciones del fenómeno jurídico —tanto internas a la categoría jurídica como externas—, ¿cómo puede seguir siendo una filosofía "regional", en el doble sentido de ser una filosofía *diferenciada* de la filosofía "general" y, además, de carácter "local" o "particular" (esto es, vinculada al propio discurso jurídico, que es un discurso de implantación evidentemente local y particular? ¿Cómo se compatibilizan ambas cosas: su carácter "genitivo" jurídico y su dimensión universal o "trascendental" filosófica?

2. Filosofía del Derecho de juristas y de filósofos

Esto lleva a un problema conexo —conocidamente planteado por Bobbio— que es el de la dualidad polémica entre filosofía del Derecho de juristas y de filósofos. Un problema que arranca del *hecho* de que la tradición del pensamiento filosófico occidental sobre el Derecho ha sido desarrollada históricamente en forma "bifurcada": por filósofos que llegan al Derecho desde sus sistemas omnicomprensivos de ideas para encajarlo dentro de ellos y por juristas que recurren de distintas formas a ciertos marcos filosóficos generales para construir teorías

[6] Atienza (2015: 5).

también omnicomprensivas pero de alcance esencialmente endojurídico o enfocadas esencialmente a la reflexión y elaboración de las propias categorías jurídicas. Bifurcación que podemos ilustrar rápidamente mediante el contraste, en la época antigua, entre Aristóteles y Cicerón, en la época medieval, entre Agustín y Graciano o Tomás de Aquino y Bártolo, y en la época moderna entre el "iusnaturalismo de los filósofos" (Suárez, Leibniz) y el "iusnaturalismo de los juristas" (Grocio, Thomasius). Desde que, en la época contemporánea, surge la filosofía del Derecho como disciplina de nuevo cuño —pero en sustitución del Derecho natural, que ya era naturalmente iusfilosofía— ésta ha sido cultivada de forma casi exclusiva en las facultades jurídicas y no en las facultades de filosofía: es decir, por juristas. Lo cual, unido a la especialización académica, ha incrementado el sesgo endogámico de la iusfilosofía (así como el aislamiento de la filosofía general respecto del "huerto cerrado" del Derecho). Pero lo cierto es que los juristas-filósofos han seguido echando mano de filosofías generales vigentes o no tan vigentes (así, no se entendería a Kelsen sin Kant, a Hart sin Wittgenstein, a Finnis sin Tomás de Aquino, a Alexy sin Habermas, a los hermenéuticos sin Gadamer), a las cuales sin embargo dan giros diferentes y novedosos, impulsados por el interés reflexivo en función del Derecho y los desarrollos de la práctica jurídica (así, Kelsen ha dicho del deber jurídico muchas más cosas que lo que podía decir el neokantismo, y lo mismo Hart de las reglas jurídicas o Alexy de la teoría del discurso jurídico respecto de Witgenstein y Habermas respectivamente). La relación entre ambas —filosofía "regional" jurídica y filosofía general— es, pues, compleja. Si se presenta en términos efectivamente polémicos es sobre todo debido al hecho siguiente. Que el afianzamiento del positivismo jurídico como corriente central dominante en el pensamiento contemporáneo, una vez producido el declive iusnaturalista, ha ido acompañado de una paralela tendencia a la liquidación de la sustantividad de la filosofía (rasgo que comparte con el positivismo general, tanto el decimonónico como el neopositivismo). Sería un caso más de lo que Bueno llama "muerte positivista" de la filosofía. Así, la filosofía del Derecho se reivindica a si misma como un discurso "de y para juristas" y no "de y para filósofos", como un discurso técnico-práctico propio de la categoría jurídica. Incluso el *nomen* "filosofía del Derecho" tiende a desaparecer, disolviéndose en el más genérico "Teoría del Derecho", entendida ésta (en la tradición continental) como una disciplina de pretensiones básicamente científicas[7] o doctrinales —una "alta dogmática" construida sobre el molde de la *Allgemeine Rechtslehre* positivista— o bien (en la tradición anglosajona) una *jurisprudence*: esto es, en ambos casos un discurso categorial-jurídico, y no "filosófico". El positivismo jurídico, en célebres palabras de Radbruch, aplicó así la eutanasia a la filosofía del Derecho en la medida que ésta quiera reputarse "parte" de un sistema filosófico "apriorístico" al estilo tradicional (probablemente Habermas sea el único exponente de esto y probablemente el último). No es la filosofía la que marca "desde arriba" la unidad de ideas de la reflexión sobre el Derecho, sino precisamente la experiencia categorial jurídica, en la medida en que, como dice Bobbio, proporciona los materiales para construir "desde abajo"[8].

[7] "¿Qué más puede decirse acerca de la naturaleza de los fenómenos jurídicos que lo que resulta de la ciencia del derecho, que tiene como objeto a estos mismos fenómenos?" (Ross, 1994: 6).

[8] "Se entiende que la preferencia hacia las obras de los juristas que se elevan a la filosofía más que hacia las de los filósofos que se rebajan hasta el mundo del Derecho, revela la preferencia por un método, o mejor, por un cierto estilo de trabajo, que es más fácil encontrar en las obras de los primeros que en las de los segundos: lo que caracteriza a este estilo de trabajo es la primacía dada al análisis sobre la síntesis, primacía fundada en la convicción de que, aun siendo análisis y síntesis momentos necesarios de toda investigación, es siempre preferible un análisis

La preferencia por la filosofía del Derecho de los juristas viene sin duda respaldada por un argumento potente: la remisión a la categoría jurídica, a la práctica del Derecho. La iusfilosofía ha de ser una "filosofía del Derecho positivo", construida sobre los problemas que plantean los Estados de Derecho contemporáneos y su compleja tecnificación legal-administrativa o su progresiva constitucionalización, y no una reflexión especulativa o improductiva (metafísica o dogmática)[9]. Pero la cuestión es si esta proximidad con la experiencia categorial jurídica puede revelarse también como un *obstáculo* —y no necesariamente sólo una ventaja— a la hora de construir un discurso genuinamente filosófico-crítico en torno al Derecho. Es decir, si la autocomprension de la filosofía del Derecho como "filosofía de juristas" no conduce también a convertirla dogmáticamente en *ancilla iurisprudentiae*, en una reflexión indistinguible de la especialización gremial jurídica, en una simple propedéutica profesional, un *patchwork* o *bricolage* filosófico adosado a la propia jurisprudencia[10], en una parte más, en definitiva, de la ideología jurídica entendida en un sentido amplio y no necesariamente negativo. La situación podría compararse, *mutatis mutandis*, con la que supondría conceder sin más que la filosofía de la religión sólo tiene sentido en cuanto hecha por, y al servicio de, los cultivadores o teólogos de una confesión particular. Este riesgo de "dogmatismo" no sólo ha venido propiciado por la ya mencionada especialización y ubicación institucional de la disciplina[11], sino también y en buena medida por la metodología del positivismo jurídico, en la que la priorización del punto de vista doctrinal (o "interno") ha significado la insularización del concepto del Derecho y su desconexión de otras categorías, tanto científico-sociales como político-morales. La tesis de la separación entre Derecho y moral, la "pureza" de la teoría del Derecho, el estudio descriptivo o evaluativamente neutro del

---

sin síntesis (lo que se les reprocha a menudo a los juristas-filósofos) que una síntesis sin análisis (que es el vicio común a los filósofos-juristas), al procurar el primero al menos buenos materiales para construir y al construir la segunda casas de arena a las que nadie iría a vivir de buena gana" (Bobbio, 1990: 96).

[9] El argumento central de Bobbio es que la filosofía del Derecho de los juristas, aun pudiendo ser más analítica que sintética y de aspiraciones filosóficas no rigurosamente sistemáticas, sería una reflexión elaborada sobre materiales empíricos, positivos, justamente por provenir de juristas que trabajan "a pie de obra" del Derecho, mientras que la filosofía del Derecho de los filósofos sería eminentemente una filosofía dogmática, apriorística, una "filosofía aplicada" de sistemas y doctrinas extrínsecas al campo del Derecho en la que los problemas generales del Derecho no son estudiados partiendo del trato con la experiencia jurídica sino desde esos sistemas previos dando lugar así a construcciones especulativas (de evanescentes castillos en el aire, viene a decir) que justifica plenamente los recelos tradicionales del jurista hacia la filosofía.

[10] Las expresiones son de Cotterrell (2014).

[11] Vale la pena mencionar que para Sacristán, quien propugnaba en la polémica antes citada la supresión de la filosofía como especialidad universitaria aduciendo su condición puramente escolástica y desconectada del saber científico, la filosofía del Derecho constituye un caso excepcional de coherencia institucional de la disciplina filosófica, pues precisamente ella se da unida a las disciplinas científicas o prácticas correspondientes: "[L]a asignatura Filosofía del Derecho representa el mejor procedimiento de institucionalización de los estudios filosóficos hoy existente, porque se basa en la idea de poner la reflexión filosófica en la formación del especialista como tal especialista, no como asignatura de adorno, en la periferia de su aderezo cultural". Sería, por tanto, una filosofía positiva "de juristas" en el sentido secundado por Bobbio. Pero ello no significa, para Sacristán, que ella haya abandonado su naturaleza de saber intrínsecamente especulativo —es decir, lo que según Bobbio constituye el vicio característico de la filosofía "de filósofos"—, ya que seguirá fiel a "la vieja ideología filosófica que presenta a la filosofía como un sublime saber sustantivo superior al conocimiento científico" y sigue siendo una disciplina "ideológica" que cumple funciones *al mismo tiempo* filosófico-especulativas y jurídico-positivas, en tanto que, para el filósofo, tiene un "carácter apologético" y está "hecha de refutaciones de cuanto no haya pasado por Trento y de exaltación de algo tan escasamente trentino como el Derecho civil burgués", y, para el jurista, "es una filfa a la que conviene no condenar porque resulta ser un útil flanqueo moral" (Sacristán, 1968: 26ss.). Es decir, en los términos que yo usaba en mi trabajo sería una filosofía tanto genitiva ("positiva") como dogmática ("metafísica"). No hace falta decir que Sacristán se refería a la iusfilosofía oficial del franquismo.

"Derecho que es" y no del que "debe ser", o la consideración de toda perspectiva "externa" como impertinente para el jurista son manifestaciones de esa metodología que conducen a concluir que la filosofía del Derecho ha de ser ajena a la filosofía moral, a la filosofía política, a la filosofía social, etc. En otras palabras: el discurso iusfilosófico está abocada a ser un discurso relevante sólo para juristas, y no un objeto de interés para "filósofos" o, sencillamente, para el público culto general.

Y este es el punto central que yo intentaba abordar en mi texto a propósito de la necesidad de repensar y redefinir el *status* de la filosofía del Derecho, partiendo de la premisa de que no *cualquier* discurso sobre el Derecho puede llamarse genuinamente filosófico aunque lleve ese nombre, ni *todo* discurso filosófico sobre el Derecho puede tildarse, por serlo, de prescindible o dogmático. La contraposición formulada por Bobbio reposa en realidad en una falsa disyuntiva. La desvalorización apriorística de las "filosofías del Derecho de los filósofos" es gratuita: no va dirigida en realidad contra la "filosofía" sino contra *alguna* filosofía particular cuyos supuestos o tesis se estiman dogmáticos, escolásticos o metafísicos desde alguna otra filosofía particular (en el caso de Bobbio, la iuspositivista)[12]. Del mismo modo, la preferencia por la "filosofía del Derecho de los juristas" puede (y en mi opinión debe) ser asumida sin que ello signifique abrazar un enfoque insular o puramente endojurídico. La iusfilosofía sólo será verdaderamente filosófica si tiene carácter crítico, y esto exige que sea positiva pero no positivista, vinculada a los conceptos de la experiencia jurídica pero no dogmática, coextensiva con el discurso jurídico-práctico pero no meramente "genitiva": es decir, exige una perspectiva intercategorial, una "totalización" conducente a poner a la categoría jurídica en conexión relevante con otras categorías[13]. Este es el camino que sigue la filosofía del Derecho postpositivista (incluyendo ciertos desarrollos último del iuspositivismo). Pero esa totalización sólo puede llevarse a cabo en términos de ideas y teorías que necesariamente han de obtenerse de alguna concepción filosófica general, lo que significa que *toda* iusfilosofía (también la positivista[14]) es "aplicación" de filosofemas y en consecuencia, por decirlo con Kant, no está claro si la filosofía de los juristas "lleva por delante la antorcha a su graciosísima dama [la filosofía "general"] o le sigue llevándole la cola"[15].

Ahora bien, Atienza encuentra aún en esta argumentación "un defecto que derivaría de haber asumido lo que, hemos visto, Bobbio llamaba «una filosofía del Derecho de los filósofos», es decir, de haber aplicado al Derecho una determinada filosofía, sin tener suficientemente en cuenta las singularidades del objeto Derecho" (2015, 7). Se refiere en particular a mi afirmación de que esas ideas filosóficas a las cuales, según el planteamiento anterior, ha de remitirse la filosofía jurídica —al igual que cualquier otra disciplina filosófica— y que establecerían el hilo que lleva desde la filosofía regional a la filosofía general o trascendental, serían esencialmente, como antes dije, de carácter epistemológico y ontológico:

---

[12] Que la filosofía de juristas a la que Bobbio se adscribe es básicamente la vinculada al positivismo jurídico se desprende de los nombres mencionados por él (Hobbes, Ihering, Gény, Ehrlich, Kelsen, Kantorowicz, Ross, Hart), mientras que un prototipo de filosofía de filósofos ("aplicada") que cita es el tomismo.

[13] Una tripartición similar puede encontrarse en Oakeshott (2008) cuando habla de la filosofía jurídica como *applied philosophy*, como *a priori natural law* y como *philosophy of jurisprudence*. A ellas se opone la verdadera *philosophical jurisprudence*.

[14] Hay incluso quien ha criticado a la filosofía iuspositivista de orientación analítica como "escolástica" (Dworkin, 2006: 213) o ha denunciado su alejamiento de los intereses prácticos de la *jurisprudence* (Cotterrell, 2014; Postema, 2015). Es decir, los mismos atributos descalificatorios que Bobbio dirige a la iusfilosofía "de filósofos".

[15] Kant, I., *Der Streit der Fakultäten*, p. 25.

"Pues esa división en dos partes puede estar justificada en relación con filosofías «regionales» insertas en el mundo de los fenómenos naturales (la filosofía de la física, por ejemplo), pero no parece adecuada para la filosofía del Derecho, ya que el Derecho pertenece al mundo de la cultura, de lo construido por el hombre, en relación con el cual cobra pleno sentido (lo que no ocurre a propósito de los fenómenos naturales) la cuestión de cómo debería ser ese objeto; o, dicho de otra manera, habría una tercera dimensión a añadir a la de la verdad (teoría del conocimiento –gnoseología–) y la realidad (ontología): la dimensión valorativa o de teoría de la justicia. O sea, el esquema clasificatorio, que puede muy bien ser válido para la filosofía general, lo traslada Vega al campo del Derecho con la consecuencia (que no parece fácilmente aceptable) de considerar que la filosofía del Derecho también tendría que seguir ese enfoque, de manera que agregar a los otros dos sectores un tercero, constituido por la teoría de los valores jurídicos o de la justicia, será para él un «reflejo de...una concepción de la filosofía jurídica de tipo categorial» (p. 76). En su esquema, los valores podrían ser analizados en clave gnoseológica u ontológica (p. 79), esto es, cabría plantear las preguntas de qué tipo de realidad son los valores y cómo (o si) pueden conocerse, pero no se ve bien qué espacio podría ocupar (en su esquema dicotómico) la teoría normativa de la justicia, sobre todo teniendo en cuenta que Vega parece pensar que los valores son exclusivamente «internos» a la experiencia jurídica categorial[16]. Y otra consecuencia indeseable de esa «filosofía del Derecho de los filósofos» es que muchas de las nociones que constituyen el centro del trabajo de los filósofos del Derecho de los últimos tiempos caerían fuera de ese esquema, de manera que una buena parte de la producción teórica desarrollada por ellos (la teoría de los enunciados jurídicos, de las fuentes jurídicas, de la validez, etc.) no podría considerarse fácilmente como de carácter propiamente filosófico" (Atienza, 2015: 7-8).

Respecto a la distinción entre perspectiva epistemológica y ontológica, me parece claro que con ella no se trataba de expresar sino que el método filosófico es uno y el mismo y que sólo puede consistir en el doble movimiento que parte de los conceptos categoriales (de los *problemas* suscitados por éstos, de los que enseguida hablaremos) para analizarlos en términos de ideas o conceptos de segundo nivel y volver a ellos ofreciendo una nueva síntesis o recomposición a la luz de alguna concepción que establezca relaciones relevantes (intercategoriales) entre ellos. Si estos son los dos momentos metodológicos o dialécticos de la racionalidad filosófica —*regressus* y *progresssus*— es sencillamente porque los conceptos categoriales pueden ser analizados bien en función de las relaciones existentes entre cada categoría y el tipo de *saber* o conceptualización que en ella tiene cabida (las clases de saberes, ciencias, conocimientos, etc.), bien en función de las relaciones existentes entre dichos saberes y las *realidades* categoriales a las que se refieren (qué dominio del mundo acotan, qué entidades atestiguan, qué nexos o leyes determinan, qué objetividad les cabe, etc.). Dicho más sencillamente: la filosofía jurídica elabora un mapa de los saberes y las realidades jurídicas]. No se trata, pues, de ninguna dicotomía sino más bien de dos aspectos de un mismo proceso, puesto que en realidad epistemología y ontología se reenvían entre sí y forman aspectos de un movimiento circular constante. Pero lo que me parece más importante rectificar es la interpretación que hace Atienza según la cual 1) esta divisoria conduciría a excluir la dimensión

[16] "Tampoco la axiología jurídica, la teoría de la justicia o la teoría de los valores jurídicos quedaría fuera de este esquema metodológico-crítico dual. La consideración de este tema como una parte autónoma de la Filosofía del Derecho no hace sino patentizar una vez más la conformación práctico-ideológica de la categoría jurídica y la naturaleza de *filosofía práctica* de la propia Filosofía del Derecho (compartida, aunque bajo asignaciones diversas, por iusnaturalismo y iuspositivismo). Pero los valores jurídicos, cualquiera sea el modo en que se conciban, son en todo caso valores *internos* a la experiencia jurídica categorial y no pueden ser ubicados fuera de ella en clave ontológica (como realidades previas fundamentadoras) o ideológica (como propuestas del Derecho que debe ser), externalidad que —junto a su entendimiento *idealista*— también comparten paradójicamente las formulaciones iusnaturalistas y positivistas" (p. 79).

valorativa del Derecho o la teoría de la justicia como tema de la iusfilosofía, 2) los valores serían solamente categoriales o internos a la experiencia jurídica, y 3) sólo podría plantearse respecto de ellos la pregunta sobre qué tipo de realidad son y cómo pueden conocerse. Ninguna de estas cosas se deriva de la anterior caracterización del método filosófico, ni tampoco de la propuesta de fundamentación de la filosofía del Derecho que a partir de ella yo intentaba articular. Por el contrario, la dimensión de *totalización crítica* que le atribuía significa entenderla como filosofía estrictamente *práctica*: esto es, una filosofía en cuyo centro se sitúan precisamente los valores.

3. El Derecho: ¿concepto o idea?

Hemos dicho que lo que justifica la sustantividad de la perspectiva filosófica es la necesidad surgida en la conceptualización interna a una categoría dada de una totalización de segundo grado en términos de ideas o esquemas omnicomprensivos que conducen a su desbordamiento —a su crítica— y a su puesta en conexión con otras categorías o conceptos. Pues bien: no se trata de "aplicar" esta comprensión de la racionalidad filosófica a la filosofía del Derecho. Ese sería el error de una concepción dogmática (apriorística o metafísica) de la filosofía[17]. Se trata, más bien, de mostrar cómo esa clase de racionalidad está presente —y lo ha estado siempre— en la propia filosofía del Derecho (como en cualquier otra) si es que en ella se está poniendo en práctica el método filosófico. En efecto, es una característica constante del devenir histórico de la filosofía jurídica desde la Grecia antigua la presencia de un mismo *método* de racionalización de los fenómenos jurídicos según ese doble momento de ida y vuelta entre las categorías o conceptos del Derecho y ciertas ideas filosóficas. Aunque esto ha solido restringirse (en la tradición kantiana y hegeliana) a una única idea —la de justicia, contrapuesta al "concepto" del Derecho— esto está injustificado: el repertorio de ideas filosófico-jurídicas es, como veremos, mucho más amplio y, además, ellas conciernen a todos los conceptos jurídico-categoriales. Cabe sostener que son éstos los que ya están *constituidos* en su complexión interna por ideas filosóficas. La filosofía del Derecho no "crea" las ideas, sino que las encuentra ya operativas en el Derecho y procede a ordenarlas y sistematizarlas "en segundo grado" más bien que a "aplicarlas". Esto permite entender además que la iusfilosofía siempre haya sido una filosofía *jurídicamente* implantada, esto es, un sistema de ideas de función revolucionaria o transformadora, o bien conservadora y legitimadora, respecto de las realidades jurídicas existentes en cada época. Este es un aspecto muy importante de lo que significa que se trata de una filosofía práctica. Tanto el método filosófico como las ideas objetivas con las que trabaja han adquirido en el Derecho significaciones diferentes a lo largo de la propia evolución de las formas jurídicas. La filosofía del Derecho siempre ha estado correlacionada

---

[17] Así definía yo en mi trabajo la idea de "filosofía dogmática": "Por 'filosofía dogmática' entenderemos toda aquella que se entiende a sí misma como un saber no reflexivo-secundario sino originario, radical o de primer grado, un tipo de saber sustantivo y previo que no se alimentaría de fuentes que fueran más allá de sí mismo sino que más bien se "aplica" descendentemente sobre contenidos o materias que en sí son meramente posteriores y secundarios (una "función general" que se realiza *ex post* en "variables" monótonas). Filosofía dogmática es toda filosofía puramente academicista o profesoral que se autopresenta como una doctrina cerrada y acabada y pretende fundarse en principios intemporales o ahistóricos, no *inserta* en el presente histórico, práctico y científico sino consistente en verdades fundamentalmente *exentas* respecto de las realidades categoriales, situada por encima o independientemente de las mismas como una *philosophia perennis*".

con las diferentes fases de desarrollo histórico de los propios fenómenos jurídicos. Así pueden ser interpretadas las relaciones históricas entre el Derecho romano y el *ius commune* medieval y la filosofía aristotélico-escolástica (resulta especialmente clamorosa, por cierto, la omisión que Bobbio hace de la figura de Aristóteles, de quien proviene la idea misma de *jurisprudencia*, constitutiva de la teoría y la práctica del Derecho en toda la tradición occidental), o entre la filosofía iusracionalista e ilustrada respecto del proceso histórico de constitución del Estado y de positivización del Derecho moderno de base nacional. En ambas encontramos filosofías (iusnaturalistas) *también* de juristas y no sólo de filósofos, como supone Bobbio. Y del mismo modo se entiende que si la filosofía del Derecho surge con ese nombre justamente a partir de esa época moderna, y vinculada al conglomerado de doctrinas que llamamos "positivismo jurídico", eso se debe a que es el Derecho positivo mismo el que ha transmutado sustancialmente su configuración y estructura exigiendo una nueva reflexión teórica. La filosofía jurídica podría ser definida así, parafraseando a Hegel, como una época jurídica captada en pensamientos, es decir, en ideas, comenzando por la propia concepción general del Derecho, que no sería entonces un *concepto* sino más bien una *idea* filosófica[18].

Si asumimos una concepción funcional-histórica de la filosofía jurídica como la anterior, podemos ver que las ordenaciones de ideas que le son propias no han de ser buscadas tanto en ella (ni en la filosofía "de filósofos") cuanto en la propia realidad categorial que constituye su objeto de análisis, esto es, el propio Derecho. Esto no es sino una consecuencia de entender (frente a cualquier metafísica) que las ideas de que hablamos están dadas en el proceso histórico y social, no son ideas pertenecientes a un *topos uranos* ideal (ni tampoco meras ideologías). Son los cambios en las realidades jurídicas los que llevan a ideas filosóficas que, a su vez, permiten reconstruir y entender mejor esos cambios e influir sobre ellos por medio de nuevas ideas. Por eso, antes de responder a la pregunta de *cómo* se aplica la filosofía al Derecho hay que plantearse *por qué* es necesaria tal aplicación: por qué el Derecho tiene la necesidad de incorporar una reflexión filosófica, sea ésta hecha por juristas o por filósofos.

Para desarrollar la tesis sugerida en la pregunta anterior necesitamos considerar dos cuestiones. La primera es qué significa decir que el Derecho es una "categoría". La segunda es identificar qué clase de "totalización crítica" es relevante a propósito de ella y conduce a la reflexión filosófica.

Plantear si el Derecho es una categoría es tanto como indagar qué tipo de conceptualización exhiben los fenómenos jurídicos y qué clase de realidad poseen éstos. Sería difícil encontrar una visión del Derecho que negase que la categoricidad del Derecho es esencialmente práctica, en la medida en que es una técnica social institucionalizada. Su "positividad" va ligada a este hecho (y no es casual que sea la categoría práctica del Derecho el primer lugar en el que esta misma idea de "positividad" surge, antes del "positivismo"). Hasta el iusnaturalismo incluye, en cuanto teoría dualista del Derecho, la "tesis social" que el iuspositivismo convirtió en redundante: sólo el producido por las prácticas humanas es "Derecho", sin más calificación. La dimensión "técnica" del Derecho es inseparable de su carácter "artificial", como actividad o producto de agentes que no por casualidad se llaman "operadores" jurídicos. La categoricidad del Derecho está vinculada también a su normatividad. Las instituciones jurídicas (legislativas, judiciales, ejecutivas) consisten en prácticas

[18] Así se comprueba, por ejemplo, en la distinción de Raz entre "concepto" y "naturaleza" del Derecho.

concatenadas encaminadas a la producción y aplicación continuada de normas. Son además prácticas de segundo orden, por cuanto que las operaciones institucionales jurídicas tienen un anclaje social: presuponen prácticas y normas dadas y su función es establecer una determinada ordenación respecto de ellas interfiriendo mediante operaciones y decisiones en su curso. La estructura institucional del Derecho está así situada en un lugar intermedio entre las instituciones morales y las instituciones políticas. Las normas jurídicas, resultantes de esta estructura institucional práctica, cuentan como las reglas sociales últimas.

Si se aceptan estas premisas generalísimas cabe obtener ya de ellas la clave de la noción de "totalización" a la que nos venimos refiriendo. En su texto, Atienza apunta a la idea fundamental:

> "La función de la filosofía del Derecho en el conjunto de la cultura jurídica es semejante a la que desarrolla el Derecho en el conjunto de la sociedad. Del Derecho se dice que es un sistema de control social porque supervisa y, en alguna medida, dirige el funcionamiento de las instituciones sociales; lo jurídico no es atributo exclusivo de ciertos sectores o instituciones sociales, sino que —empleando de nuevo la metáfora de C. Nino— es algo que, como el aire en el mundo físico, está por todas partes. La filosofía del Derecho no tiene tampoco un terreno acotado en exclusividad en el conjunto de los saberes jurídicos y sociales, sino que su campo es más bien el de las relaciones entre estos diversos sectores de la cultura; su lugar está, precisamente, en las fricciones y en los vacíos que se producen en el funcionamiento de los mismos" (2005: 5).

Si la filosofía jurídica es una reflexión de carácter totalizador, es porque el propio Derecho constituye ya *per se* una institución totalizadora, una *pars totalis* del todo social, que precisamente por eso exige el recurso a ideas filosóficas.

Kant dijo célebremente que ante la pregunta por el concepto del Derecho (*quid ius*) los juristas sólo pueden responder tautológicamente remitiéndose a lo que es "de Derecho" (*quid iuris*), es decir, a "lo que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado". Esta remisión "puramente empírica" a la categoricidad o positividad jurídica es, dice Kant, insuficiente: "Una teoría jurídica únicamente empírica es —como la cabeza de madera en la fábula de Fedro— una cabeza que puede ser hermosa, pero que lamentablemente carece de seso". Se refiere con ello a la necesidad de adoptar una perspectiva filosófica: es preciso buscar una vía "racional" que funde el concepto del Derecho "abandonando aquellos principios empíricos y buscando sus fuentes en la mera razón"[19]. Pues bien, lo que quiero explorar es en cierto modo el camino inverso al señalado por Kant. Las ideas de la filosofía jurídica no deben ser buscadas en ninguna razón "pura" apriorística (en el imperativo categórico), sino en la propias prácticas categoriales jurídicas. Cuando éstas establecen lo que es "de Derecho" (lo que está jurídicamente ordenado o debido) ya están remitiendo necesariamente a alguna *concepción* sobre qué es el Derecho (*quid ius*), y son precisamente estas concepciones las que involucran aquellas ideas filosóficas que forman el campo de reflexión de la filosofía jurídica. Se trata entonces de mostrar que esa practicidad de la categoría jurídica no es en realidad meramente empírica y no implica la simple alusión denotativa a las "prácticas jurídicas" o al Derecho como "práctica social" en el sentido de un "hecho" (tal como también es frecuente entender entre los positivistas), sino que incluye elementos de *universalidad* que la llevan a trascender su dimensión fáctica. Tales elementos universales son

[19] Kant, I., *Die Metaphysik der Sitten* [1797; 1968, 229-230], "Einleitung in die Rechtslehre", § B.

componentes necesarios de la propia racionalidad jurídica, del propio discurso del Derecho, y hacen que sus conceptos desborden característicamente el marco categorial en que surgen.

4. Ubi ius, ibi philosophia

Lo que hace que las conceptualizaciones de la categoría jurídica posean alcance filosófico no es simplemente que contengan "totalizaciones". Estas son propias de cualquier categoría, del mismo modo que toda categoría científica o técnica supone el ejercicio de la crítica a un cierto nivel. Como antes dijimos, la totalización distintivamente filosófica aparece en un contexto pluricategorial, por tanto trascendental. Y así sucede con los conceptos jurídicos en la medida en que, a tenor de su configuración práctica y normativa, suponen la conexión y síntesis entre categorías distintas: morales, políticas, sociales, económicas, etc. El tipo de totalización normativa que es característico de la categoría jurídica la aproxima enormemente a la filosofía. Lo cual no quiere decir que el Derecho tenga por objeto "resolver problemas filosóficos", pero sí que los problemas prácticos que el Derecho encara no pueden ser resueltos sin hacer uso de ideas y concepciones de carácter filosófico. Por lo demás, no hay que olvidar que los orígenes mismos de la filosofía en Grecia están muy vinculados a la discusión de problemas de todo orden —lógicos, morales, políticos, etc.— planteados desde las categorías jurídicas.

Pero, además de esta dimensión pluricategorial, hay un segundo rasgo de la categoría jurídica que hace que sus conceptos, sin dejar de serlo, tengan que realizar "totalizaciones". Debido a su institucionalización, el Derecho es una práctica colectiva, un agregado de subinstituciones de gran complejidad y especialización interna que operan en función de operaciones de sujetos diversos y a lo largo de extensos segmentos temporales. Esta diversidad múltiple de partes funcionales hace que la unidad y coherencia de fines sólo resulte posible si la práctica jurídica incorpora dispositivos específicos de racionalización reflexiva para llevar a cabo sus funciones de producción y aplicación de normas. El Derecho constituye así en buena medida un *corpus* de "doctrina", es decir, práctica normativa más teoría internamente acoplada. Su faceta de técnica de control social es inseparable de una dimensión de técnica reflexiva, "ideológica", doctrinal, que implica un elevado grado de abstracción en el planeamiento de la acción social. El desempeño de la práctica jurídica depende de un complejo instrumentario conceptual y teórico en el que cabe diferenciar dos géneros[20]. Por un lado, están aquellas doctrinas o teorías de carácter *formal* que explicitarían los recursos y procedimientos de tipo técnico y metodológico vinculados a la práctica jurídica como práctica "formalista", esto es, centrada en las normas jurídicas en su papel de "formas" o estructuras mediante las que tiene lugar su intervención sobre la acción social (fundamentalmente reglas y principios). Estas doctrinas suministran sustancialmente una identificación, clasificación y jerarquización de las normas jurídicas (una teoría de las "fuentes"), así como las reglas y procedimientos para su implementación práctica (una teoría del método o la interpretación). Y, por otro lado, tenemos aquellas teorías de carácter *material* que suministran concepciones globales relativas a los *contenidos* normativos sustantivos, los fines y valores a cuya consecución el sistema jurídico se orienta mediante las técnicas y métodos anteriores. Ambas clases de teorías o doctrinas,

[20] Cf. Viehweg (1991: 35, 44ss.).

siempre mutuamente entretejidas, componen ya una verdadera ontología **y** epistemología jurídicas, es decir, una "filosofía del Derecho" en ejercicio. Forman lo que se ha podido llamar "paradigma jurídico", "razón jurídica" , "ideología jurídica", "conciencia jurídica común", etc., pero que puede verse también como una verdadera "filosofía mundana" o "profesional" del Derecho o "filosofía espontánea de los juristas" que envuelve una autoconcepción *ad intra* del Derecho y una "concepción jurídica del mundo", es decir, una interpretación *ad extra* de la realidad (social, política, económica, natural) hecha desde la racionalidad jurídica como racionalidad de segundo grado.

Un tercer aspecto fundamental de estas totalizaciones de la racionalidad jurídica que aproxima de forma decisiva su formato al de las totalizaciones filosóficas tiene que ver precisamente con esa dimensión de normatividad de segundo grado. Me refiero al hecho de que ésta tiene un carácter constitutivamente *dialéctico*: es decir, está vinculada de manera estructural al conflicto, a la desviación, a la incompatibilidad, a la contradicción, a la inconmensurabilidad, a la controversia. Por tanto, su racionalidad consiste esencialmente en el despliegue de estrategias orientadas a la gestión y desbloqueo de tales conflictos e inconmensurabilidades. Este aspecto tiene que ver obviamente con el hecho de que el Derecho es la institución social centralmente encargada en términos de "ultimidad" (*ultima ratio*) y monopolio coactivo de resolver los conflictos y lograr la cooperación y coordinación a escala colectiva. Pero esto determina justamente que sus normas y decisiones sean el resultado de una "sintaxis" o composición de partes o elementos esencialmente plurales o heterogéneos que se presentan en conflicto y desajuste permanente. No hace falta insistir en que este es el caso tanto en la práctica de producción normativa (legislativa, constitucional) como en la de aplicación (judicial, administrativa). La construcción lógica de clases o tipos de acción y la individualización o concreción de situaciones prácticas singulares a partir de ellos son operaciones de totalización, y lo mismo sucede con los razonamientos de tipo finalista (composición de intereses y objetivos) y de ponderación (composición de valores) de los que son resultado. Los problemas prácticos que acomete el Derecho en ambos casos son por ello muy semejantes a problemas filosóficos. Como éstos, suponen conflictos que por su naturaleza de algún modo vienen a comprometer o poner en cuestión a la categoría entera y conducen "desde dentro" a su desbordamiento. La principal manifestación de esto va más allá del hecho que cada decisión legislativa o judicial comporte un *regressus* holístico al "sistema jurídico" en su conjunto como un todo (la "integridad" dworkiniana, p. ej.). Se trata además de que esta sistematización no puede ser meramente lógica o formal. El sistema jurídico no es un "sistema lógico" sino un "sistema práctico", doctrinal, prudencial o justificativo (aunque, naturalmente, sus justificaciones no pueden excluir la lógica). Y ello implica que no es una categoría "cerrada" por aplicación de su propia metodología conceptual y teórica interna (tal como sucedería si fuera una categoría científica), sino que ésta es una metodología que presupone el carácter esencialmente "abierto" de la práctica jurídica. Dicho de otro modo, su "cierre" sólo puede darse incorporando elementos provenientes de otras categorías. Tales elementos, dado que el Derecho es un sistema de segundo grado, no pueden ser sino los fines y valores que mediante el aparato jurídico se pretende materializar en las prácticas sociales de primer grado, fines y valores que él mismo no crea sino sólo conforma prácticamente. Se trata, pues, de los contenidos incorporados en las que antes hemos denominado "teorías materiales", que son

concepciones sustantivas de carácter necesariamente político-moral (y por ello "filosóficas" en el sentido apuntado) en las que se funda necesariamente la conducción de la práctica jurídica.

5. La filosofía del Derecho como filosofía práctica

Me parece claro, a la luz de estas consideraciones, que carece de toda justificación afirmar, como hace Atienza, que el planteamiento anterior se caracteriza por "empeñarse en pensar que la distinción entre la filosofía del Derecho y la ciencia —la dogmática— del Derecho (como en general, entre la filosofía y la ciencia y/o la técnica) pueda (deba) trazarse de una manera nítida" (2015: 8). Si la racionalidad jurídica se presenta del modo arriba apuntado a concepciones "filosóficas" que forman parte interna necesaria del Derecho mismo en cuanto sistema doctrinal, entonces éste ya cuenta con una filosofía propia o "genitiva" del Derecho. Las concepciones teóricas que habitualmente se consideran como pertenecientes a la filosofía *académica* del Derecho (iuspositivismo, formalismo, iusnaturalismo, constitucionalismo, realismo, etc.) son también filosofías que la "filosofía profesional" de los juristas hace suyas, de modo especialmente visible en los estratos de mayor abstracción doctrinal de la práctica jurídica, que son también los de mayor alcance (como los tribunales constitucionales). Aquí se halla, entonces, el punto de contacto de la filosofía jurídica en cuanto disciplina con el Derecho: las concepciones filosóficas del Derecho son parte de su práctica y las teorías conformadoras de la práctica jurídica presentan una zona de superposición con la filosofía del Derecho.

La filosofía jurídica en sentido estricto o académica podría definirse como aquella reflexión formalmente filosófica que se orienta a la sistematización de las ideas que ya cuentan con un nivel de desarrollo reflexivo categorial dentro del Derecho. Es aquí donde, como hemos dicho, hay que corregir considerablemente la valoración general que hace Bobbio de la contraposición entre la filosofía del Derecho de juristas y filósofos. Ella distorsiona el hecho de que *toda* filosofía del Derecho, sea de filósofos o de juristas, ha consistido siempre (y no se entiende cómo podría ser de otra forma) en la aplicación de esquemas filosóficos más o menos sistemáticos al Derecho**.** Por un lado, Bobbio no presta la atención suficiente a la circunstancia de que el Derecho es una institución histórico-cultural que plantea genuinos problemas filosóficos para *cualquier* filosofía, y en tal medida siempre ha sido un objeto presente en las ideas acuñadas por las grandes filosofías generales de la tradición occidental, dentro de lo que desde Aristóteles conocemos como "filosofía práctica" (la *politiké*) que comprende la filosofía moral o ética, la filosofía política o la filosofía social. Baste mencionar la idea de "ley", cuyo uso práctico es un resultado de la síntesis de diferentes acepciones categoriales: morales, científicas, jurídicas. Las "cuestiones persistentes" (Hart) suscitadas por el Derecho son ideas filosóficas generales: su origen, su relación con el poder, con la justicia, con la moral, con la verdad científica. Por otro lado, la preferencia *general* por la filosofía del Derecho de los juristas resulta injustificada. Que sean los juristas quienes por razón de su formación se hallan en mejores condiciones para emprender una reflexión filosófica que parta directamente de las categorías jurídicas (algo que les viene impuesto por su propia metodología) explica que la iusfilosofía académica haya sido cultivada fundamentalmente por "juristas-filósofos". Pero no garantiza ninguna inmunidad absoluta contra la metafísica o el dogmatismo. En todas las épocas históricas los juristas han procedido a la apropiación de filosofías generales para la elaboración de sus doctrinas (pues es la categoría jurídica misma la que siempre ha necesitado de una u otra

envoltura filosófica para construir su metateoría interna). Puede decirse que no ha habido doctrina filosófica que no haya recibido una incorporación o adaptación al campo jurídico (el tomismo, el kantismo, marxismo, el hegelianismo, el pragmatismo, la fenomenología, neoempirismo, la filosofía lingüístico-analítica, la hermenéutica, la teoría del discurso, el posmodernismo y cualesquiera otros "ismos" filosóficos). Las muestras de filosofía "aplicada" que Bobbio censura son obra *también* de juristas, y no sólo de filósofos que descienden "especulativamente" al campo del Derecho. Lo que demuestra que no es esta "aplicación" de sistemas filosóficos por sí misma la que merece apriorísticamente el calificativo de metafísica o dogmática, como da por sentado Bobbio (sino las tesis, conceptos, métodos concretamente aplicados).

Más bien lo que la historia de la iusfilosofía nos muestra es un *continuum* de ideas que tienen al Derecho como punto de convergencia y que son moduladas de distinta forma (pero no de forma mutuamente excluyente) por sistemas filosóficos generales históricamente dados y por la filosofía académica del Derecho como disciplina jurídicamente implantada. Las concepciones filosóficas de los juristas, que son como hemos visto totalizaciones internas a la propia categoría jurídica, demandadas por el tipo de problemas que aborda la práctica del Derecho, constituyen la zona de intersección entre ambas. Tales concepciones constituyen sin duda el mejor acceso filosófico al Derecho disponible por cuanto suministran el repertorio básico de las ideas filosófico-jurídicas, y en este sentido han de poder ser incorporadas por *cualquier* filosofía del Derecho que no quiera ser metafísica o desentendida de la experiencia jurídica. Pero también tienen que ser objeto de crítica y reelaboración en términos filosóficos generales o trascendentales, sin que puedan entenderse como propias de un discurso puramente endojurídico o intracategorial. Y esa crítica implica que la filosofía jurídica ha de entroncar necesariamente con la filosofía moral y la filosofía política, esto es, ha de construirse dentro del marco de alguna concepción de la filosofía práctica general entendida en perspectiva trascendental. En lo que sigue veremos, muy esquemáticamente, algunos de los principales argumentos que sustentan esta afirmación.

El argumento central nos reconduce nuevamente a considerar el tipo de totalizaciones que caracteriza a la categoría jurídica y se manifiesta en sus concepciones internas. Estas son totalizaciones de naturaleza esencialmente *justificativa*. Dado que el Derecho es una categoría práctica y normativa, los conceptos jurídicos son conceptos *doctrinales*. Su función principal como conceptos prácticos es no sólo guiar la acción (aspecto "técnico") sino hacerlo justificadamente. Los conceptos jurídicos están ligados a la práctica de argumentar y dar razones en relación con las decisiones jurídicas, de justificar la acción (*ex post* y *ex ante*). Esto supone que lo que hasta ahora hemos llamado las *ideas* que conforman la práctica jurídica son en realidad "ideales"[21] o, en términos de Kant, "ideas regulativas"[22]. Es decir: son *valores*.

Los valores constituyen los verdaderos componentes *trascendentales* de la práctica jurídica. Así cabe afirmarlo tras examinar cualquier inventario de los conceptos jurídicos fundamentales: conceptos tales como "persona", "acción", "norma", "ilícito", "sanción", "responsabilidad", "derecho", "deber", etc., que representan una categorización de las nociones básicas de la filosofía práctica (la *philosophia practica universalis* de la tradición). Es el manejo

[21] Pound (2002: 30ss., *passim*).
[22] Como es sabido, las ideas de la razón práctica en Kant tienen en relación con los conceptos un uso constitutivo o "categórico" y no regulativo en su función de prestarles unidad o totalidad.

esencialmente justificatorio de estos conceptos en la práctica jurídica lo que hace necesario acudir a concepciones (que antes llamábamos "materiales") capaces de suministrar versiones o interpretaciones de los mismos en términos de conglomerados de juicios de valor de carácter fundamentador. Tales valoraciones están a la base del método jurídico, que en realidad parte de presuponer la "apertura" o "indeterminación" del sistema jurídico y la necesidad de "cerrarlo" o determinar su contenido recurriendo a justificaciones prácticas de ese tipo. Los conceptos jurídicos son siempre *elisiones* de juicios de valor[23]. Todo el complejo técnico-práctico del Derecho —formado centralmente por las reglas como unidades instrumentales básicas del trabajo del jurista— es el resultado de ponderaciones o balances entre valores y por eso la aplicación práctica de los conceptos en ellas plasmados va inseparablemente unida a los juicios de valor subyacentes y a la necesidad de fundamentarlos en términos de validez objetiva. Los desacuerdos que están en el origen de las reglas —en tanto "expresiones de compromisos, o juicios acerca del resultado de conflictos"[24]— se reproducen permanentemente en su proceso de aplicación, de forma que determinar los "fundamentos de Derecho" de cada nuevo caso requiere la explicitación de los valores en juego y en última instancia de su fundamento ético-político. De ahí que sea preciso formarse alguna concepción de los *principios* (que son la expresión normativa de valores) y la reconstrucción *integral* del Derecho involucrada en la resolución de cada caso, por más que ello sólo parezca especialmente visible en los casos difíciles o en los problemas jurídicos que suscitan desacuerdos morales típìcos (aborto, eutanasia, matrimonio homosexual, maternidad subrogada, etc.). Todas las cuestiones jurídicas, incluyendo los casos fáciles, son cuestiones de principio en este sentido, es decir, cuestiones de valor[25].

Es necesario entonces "recurrir a una filosofía moral y política que permita articular, establecer, algún orden entre los diversos tipos de razones justificativas que concurren en el Derecho"[26]. Esta filosofía comprende combinaciones de ideas acerca del bien común, del interés general, de los derechos humanos, de fines o metas colectivas, etc., y se resuelve en última instancia en algún tipo de fundamentación de los valores ético-morales de carácter final (libertad, igualdad, dignidad) y de los valores políticos en cuya virtud se justifican el poder y la autoridad (una concepción de la democracia, del Estado, etc.). Es decir, se resuelve en lo que desde Aristóteles llamamos la *justicia* como esquema básico articulador de ideas acerca de lo bueno y de lo correcto en la distribución y la reparación tanto en los asuntos públicos como privados que forman el *territorium* de la praxis humana. De este modo, la dimensión justificativa del Derecho lo conecta *internamente*, desde su propia práctica, con concepciones de calado filosófico-moral y filosófico-político. Desemboca en sistemas generales u omnicomprensivos de filosofía práctica (de orientación liberal, utilitarista, comunitarista, deontológico, social, etc.) desde los cuales, a su vez, tiene lugar la orientación y crítica *normativa* de aquellas concepciones jurídicas. Estas funciones normativas corresponden esencialmente a la filosofía del Derecho académica, punto natural de intermediación entre el Derecho y la filosofía práctica, que entonces se revela ella misma como una empresa práctica. La filosofía del Derecho es la filosofía práctica que sigue al Derecho como su sombra. Los

[23] Cf. Waldron (1994: 527ss.).
[24] Raz (1991: 232).
[25] Dworkin (2006, 35).
[26] Atienza (2013: 284).

valores presentes en él como fundamentos trascendentales y simultáneamente como ideas de la filosofía práctica forman el puente de ida y vuelta entre ambas.

Cabría incluso sostener que la filosofía jurídica es aquella región (o "parte") de la filosofía práctica que goza de un cierto "primado" sobre las demás. Pues el Derecho no es sólo un lugar de realización y plasmación de los valores político-morales (una plasmación decisivamente *eficaz* debido a que la institucionalización jurídica gestiona la coacción pública) y donde por ello estos valores adquieren una justificación de carácter *definitivo*, sino también el lugar en el que por ello vienen a confluir también, desde su propia perspectiva trascendental, la filosofía moral y la filosofía política en iguales términos. En efecto, las instituciones jurídico-prácticas aparecen para éstas como un punto de llegada necesario, como una malla o arquitectónica histórico-cultural que se presenta como una condición de posibilidad de la propia moralidad y de la sociedad política, al margen de la cual éstas sencillamente se desintegrarían. El Derecho representa no sólo la autodescripción ideológica de una sociedad, sino también su propia autojustificación política y moral, donde todos los valores prácticos se "personifican" en términos de ultimidad: es decir, se imputan a la comunidad como un *todo* (una forma evidente de "totalización"). El Derecho se vincula así con la idea misma de "razón pública"[27]. Este es un hilo rojo que recorre toda la historia de la filosofía práctica desde Aristóteles a Kant, por citar sus dos hitos más fundamentales.

Se comprende entonces el sentido profundo en que la perspectiva genuinamente filosófica en torno al Derecho puede entenderse unida a la noción de "totalización crítica". Esta tiene que ver esencialmente con la función justificativa del Derecho, que opera sobre la base de valores prácticos. No sólo se trata de la *prevalencia* de esta dimensión justificativa del Derecho sobre su dimensión técnica o directiva, debido a que los problemas sobre los que versa envuelven conflictos y desacuerdos que en última instancia son de índole axiológica e intentan ser resueltos en iguales términos. No sólo se trata de que la práctica del Derecho deba regirse por un método de construcción y reconstrucción permanente de la coherencia o "integridad" de los materiales jurídicos y que el justificar (el método jurídico) aparezca como una operación interpretativa compleja que supone efectivamente "totalizar" cada caso en virtud de múltiples criterios (relevancia, calificación, aplicabilidad, verdad, adecuación, ponderación, etc.) y de este modo integrarlo en el sistema jurídico como un todo (*as a whole*, dice Dworkin)[28], recapitulando en cada decisión el conjunto de los instrumentos técnicos del Derecho positivo. Se trata además, y sobre todo, de que ello exige necesariamente *traspasar* la categoría jurídica para mostrar al Derecho como una técnica precisamente *político-moral*. La técnica jurídica en su conjunto y cada una de las decisiones en que se decanta a lo largo de su curso continuado (en ese segundo nivel reflexivo que supone sobre las prácticas sociales) tienen que aparecer como una práctica justificada que sirve a los valores de justicia y moralidad. La integridad "inclusiva" reenvía a su vez una integridad "pura"[29], aspiracional, en cuyos términos resulta justificado el Derecho como institución que realiza valores pero también, y sobre todo, *criticado* en la medida en que no lo haga.

Y esta es la razón por la que el problema del Derecho injusto, de la *validez* de las normas y decisiones jurídicas, es un problema *trascendental* que pone "en tela de juicio" a toda la

[27] Rawls (1994: 19ss.).
[28] Dworkin (1986: 400-1, 411).
[29] Dworkin (1986: 404ss.).

categoría jurídica ("no hay derecho") y presenta como "defectuosas" o lastradas de un déficit (axiológico y *por ello* jurídico) a algunas de sus decisiones particulares, cuando se presentan como pese a todo inevitablemente injustas. Así queda reconocido en tópicos como Antígona, los *magna latrocinia* agustinianos o la "cláusula Radbruch" que hacen aflorar la pretensión de corrección del Derecho (Alexy) o ponen de manifiesto que es un sistema práctico que pretende autoridad moral (Raz). Es el carácter esencialmente totalizador y conflictivo de los valores prácticos involucrados en la institución jurídica —los valores de la justicia o, mejor dicho, las demandas de la injusticia[30]— lo que hace que el concepto de Derecho remita a la filosofía y que ésta sea filosofía *práctica*.

La racionalidad justificativa jurídica se asienta así sobre una constante tarea práctica de conexión o conjugación *partes extra partes* que lejos de responder a una "armonía preestablecida", es esencialmente "abierta", asimétrica y polémica (lo que resulta tanto de que las prácticas jurídicas deban ajustar constantemente con el fluir de las prácticas sociales de primer grado, como de su propia lógica institucional autónoma como maquinaria "técnica"). Partes del Derecho interfieren con partes de la moral y con partes de la política de diversos modos, a lo largo de niveles distintos, y no siempre (por no decir casi nunca) armónicamente entre sí[31]. Pero las *tensiones* entre ellas deben sin embargo recomponerse en clave justificativa unitaria, en forma de totalizaciones finales de los valores implicados. Se trata de las tensiones existentes entre la eficacia del poder o autoridad y la validez sustantiva, entre justicia y seguridad jurídica, entre *dura lex, sed lex* y *summum ius, summa iniuria*, entre los límites políticos del Derecho y las pretensiones de los derechos universales, entre la idiosincrasia socio-cultural de cada comunidad jurídica y las exigencias de la moral crítica, entre los valores institucionales de la técnica jurídica (ligada a la continuidad de operaciones pasadas, a la igualdad formal, a unas pautas hermenéuticas específicas vinculadas a su dimensión lingüística…) y los valores sustantivos de justicia, entre los principios mismos de justicia que el Derecho incorpora y su necesaria estabilización mediante reglas, entre la racionalidad que rige el sistema y la presencia inevitable de decisiones irracionales, etcétera. Sólo mediante diferentes concepciones del valor internas a la práctica jurídica (como parte de las distintas concepciones del Derecho) puede llegarse a alguna clase de articulación unitaria de este escenario esencialmente conflictivo que sea capaz de establecer "consensos entrecruzados", "equilibrios reflexivos", criterios de "razonabilidad", ponderación o "proporcionalidad", "acuerdos incompletamente teorizados", etc. Ello es el resultado de interpretaciones que suponen un cuestionamiento de la categoría jurídica como un todo a la luz de valores y al mismo tiempo conduce a restablecer la unidad de la razón práctica en torno a los mismos. Es tal necesidad de interpretar valorativamente la categoría jurídica en términos de totalidad desde el conjunto del espacio práctico lo que determina que el concepto doctrinal del Derecho sea precisamente el que posee prioridad epistemológica sobre todos los demás conceptos (sociológicos, económicos, lógicos, etc.). También que sea un "concepto esencialmente contestado" o un "concepto interpretativo": es decir, un concepto filosófico, una idea. Y, en definitiva, que deba darse una continuidad sustancial e ininterrumpida entre ambos.

[30] Sen (2009).
[31] Nino (1994).

Y puede resultar ahora más claro también, por último, el sentido de la tesis de que la filosofía jurídica no puede entenderse como una filosofía *adjetiva* o *genitiva*. Esta sería precisamente aquella en la que los valores que conciernen al Derecho no figuran como trascendentales. Es decir, donde son entendidos como valores puramente *externos* a la racionalidad jurídica (propios de la filosofía moral o política pero no de la filosofía jurídica) o como valores puramente *internos* a la institución jurídica (no conexos con la moral y la política, esto es, no trascendentales). Una clara formulación de ambas ideas la encontramos en Kelsen, cuando afirma que "dado que la justicia es un postulado de la moral, la Filosofía del Derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética"; es decir, la filosofía del Derecho en la medida en que se ocupe de los valores deja de referirse al Derecho: de éste sólo se ocupa en rigor no una "filosofía jurídica", sino una "Teoría general del Derecho" de carácter *científico* cuya función es descriptiva y no normativa: que "tiene como objeto al Derecho *tal como de hecho es*, es decir, el Derecho positivo, tanto nacional como internacional" y cuyo objetivo consiste en "analizar la estructura del Derecho positivo y en fijar las nociones fundamentales en el conocimiento de ese Derecho"[32]. Esta idea es la que ha prevalecido en la corriente central del positivismo jurídico contemporáneo, en su tenaz intento de separar el ser del Derecho de su deber ser, de aislar las "cuestiones conceptuales" de las "cuestiones normativas". Hart la considera incluso su tesis más nuclear[33]. El iuspositivismo es, en efecto, la encarnación más emblemática (aunque tal vez no la única) del punto de vista que supone la segregación de los valores sustantivos del Derecho del campo de la filosofía jurídica o su reducción a valores estrictamente internos (técnicos o categoriales: fundamentalmente los valores formales o institucionales del Derecho). Cosas ambas que suponen la liquidación de la filosofía del Derecho, en el primer caso porque no sería propiamente una filosofía *jurídica*, sino una filosofía moral o política, y en el segundo porque su estudio ya no sería propiamente filosófico sino científico (o técnico), pues la reconstrucción de los conceptos jurídicos podría llevarse a cabo, se afirma, al margen de todo juicio de valor de carácter justificativo.

Así, nos dice por ejemplo Ferrajoli, referirse a los valores de la justicia implicaría adoptar un punto de vista externo sobre el Derecho: "el punto de vista de la política, que contempla al Derecho positivo vigente y a las instituciones jurídicas de los diferentes ordenamientos como un producto histórico, político y social, que debe ser construido (o demolido), defendido (o criticado) y conservado (o transformado)", un punto de vista que parte de los valores que diseñan y proyectan el deber ser externo o ético-político del Derecho y que permiten formular respecto de éste juicios sobre su mayor o menor grado de justicia (o de injusticia)". Pero "en otro nivel completamente diferente se sitúa la Teoría del Derecho, que es una teoría formal que se limita al análisis de los conceptos técnico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas". Esta teoría es "formal" o estructural, de naturaleza esencialmente lógica o científica, una "metateoría" de los conceptos jurídicos que toma a éstos como "ideológicamente neutrales, es decir, independientes de cualquier sistema de valores internos o externos a los ordenamientos investigados"[34]. La Teoría del Derecho pretende, pues, ser la verdadera disciplina sustitutiva, por vía científica —categorial— de la filosofía jurídica. O, expresado de otra manera pero con el mismo resultado, la filosofía jurídica es "filosofía de la jurisprudencia",

---

[32] Kelsen (1962, 131).
[33] Hart (1987, 37ss.)
[34] Ferrajoli (2008: 28ss., 45, 49ss.).

un análisis del discurso de los juristas de carácter "meramente conceptual" cuya función es modelar los conceptos aptos para describir el Derecho, pero no modelar al propio Derecho, "no incidir de ningún modo sobre la identificación del contenido del Derecho mismo, el cual por hipótesis, cuando se debate de filosofía del Derecho, no está en discusión"[35]. Los valores del Derecho resultan, en suma, sólo identificados como hechos sociales *atribuidos* y no como valores cuyo reconocimiento suponga un compromiso práctico conducente a convertir cualquier discurso relativo a ellos en discurso normativo y, en particular, al discurso de la filosofía jurídica[36]. Tal compromiso no involucraría más que valores *epistémicos*, pero no propiamente sustantivos: se trataría simplemente de describir valoraciones, aquellas que están presentes en la justificación del Derecho, sin que ello exija una teoría justificativa o normativa a su vez. Los valores que hacen que el Derecho sea una institución normativa y justificativa son solamente valores *transferidos*, teóricos o epistémicos, no necesariamente valores prácticos (compartidos o rechazados)[37]. La filosofía jurídica no es normativa o práctica en un sentido justificativo fuerte, sino una empresa teórica.

Pues bien, resulta evidente que la crítica filosófica del punto de vista anterior sólo puede levarse a cabo en términos epistemológicos y ontológicos, tal como yo sostenía en mi trabajo. Por un lado, esa crítica ha de mostrar que la pretensión filosófica de reconstruir conceptualmente la validez jurídica como despojada del valor se funda en una comprensión errónea de la *epistemología* del discurso jurídico-normativo y de su condiciones de cientificidad. La categoría jurídica no es científica precisamente porque los conceptos jurídicos —los conceptos de la dogmática jurídica, de la "Teoría general del Derecho" y de su sucesora la Teoría del Derecho entendida como ciencia— son estructuralmente valorativos y están fundados en tomas de posición inexcusablemente morales y políticas. No hay, pues, una ciencia jurídica que se muestre capaz de distanciarse o liberarse epistémicamente ("teóricamente") del compromiso práctico con los valores sustantivos del Derecho. Cualquier discurso metalingüístico que maneje los conceptos jurídicos en los que tales valores se plasman cumple funciones internas al lenguaje objeto de la práctica jurídica: funciones de fundamentación o crítica que hacen de él más un metalenguaje *del* Derecho (esto es, generado desde el punto de vista interno o del participante para intentar "cerrar" conceptualmente la categoría jurídica) que *sobre* el Derecho. Pero ni los conceptos técnicos ni los científicos (doctrinales) del Derecho consiguen que la categoría jurídica sea "cerrada" o autorreferencial: por el contrario, su implantación práctica hace que la normatividad jurídica sea de estructura permanentemente abierta[38] y reenvíe de forma necesaria a otras categorías o nociones morales y políticas. Que la categoría jurídica no sea estrictamente científica o técnica, sino más bien una práctica doctrinal, no supone menoscabo alguno de su racionalidad: sólo significa que es una racionalidad de tipo práctico, político-moral, que sólo puede articular y "cerrar" en forma unitaria sus conceptos haciendo uso de ideas de naturaleza filosófica, ideas que versan sobre los valores político-morales.

Así, la "pragmática" de la Teoría del Derecho, nos dice Ferrajoli, versa sobre los *mismos principios* del Derecho (o sea, sus valores) vistos como la "lógica" rectora del mismo, sólo que

[35] Guastini (2011, 7ss., 9).
[36] Raz (1995: 235ss.).
[37] Marmor (2011: 129ss.).
[38] Idea filosóficamente reconocida desde la *epieikeia* de Aristóteles a la *open texture* de Hart.

en tanto principios *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, dado que la estructura nomodinámica del Derecho, sujeta a divergencias y contingencias históricas, no siempre haría posible que resulten satisfechos[39]. Pero esto no es sino una manera distinta de decir que el Derecho es una empresa práctica cuya función es totalizar esos valores, que se mantienen *conflictivamente dentro y fuera* de la categoría jurídica, a los cuales por ello no cabe entender únicamente como valores epistémicos (lógicos), puramente descriptivos o analíticos, es decir, *teóricos*. Envuelven el compromiso práctico con concepciones sustantivas de la justicia a partir de combinaciones y especificaciones de esos principios. Sólo así permiten la crítica ético-política del Derecho establecido: una crítica que entonces es tanto interna como externa, es decir, trascendental o filosófica. La pragmática de la Teoría del Derecho es una dimensión más de la práctica jurídica: ésta no es una disciplina *teórica*, bajo ninguna acepción epistemológica rigurosa de este término[40], y este es el sentido fundamental que tiene la afirmación de que la filosofía del Derecho es una filosofía práctica.

Por otro lado, las consecuencias *ontológicas* de lo anterior no pueden apuntar sino a que la "realidad" o "ser" del Derecho es la de una empresa práctica que, anclada en un sistema político de autoridad, pretende simultáneamente dotarse de validez moral o justificación. Esto entraña que suministra razones cuyo alcance desborda por fuerza la contingencia de cualquier "hecho" o fuente social, cualquier convención o ideología, para vincularse a valores que deben considerarse como *ideas* objetivas de alcance histórico-cultural. Estas ideas (que son centralmente los ideales de justicia y racionalidad constitutivos de la práctica argumentativa jurídica, ellos mismos en el origen de la propia dialéctica filosófica desde la Grecia clásica) demuestran que el "deber ser" del Derecho no puede entonces desgajarse de su realidad o ser, sino que es interno a ésta, como lo son las concepciones sobre el mismo. Ello no sólo vuelve filosóficamente inconsistente a cualquier escepticismo axiológico o criticismo radical que, al reducir fácticamente los valores (como ideologías o hechos sociales, como simple disfraz de los mecanismos estratégicos de poder) pretenda negar la objetividad o validez de las razones valorativas del Derecho. También hace especialmente autofrustrante y ciego a la verdadera configuración práctica del Derecho al propio positivismo jurídico en la medida en que pretenda hacerse compatible (como "positivismo ético") con alguna clase de objetivismo moral[41]. Ya que la tesis de la separación o segregación del Derecho respecto de los valores morales sería una tesis ella misma normativa o moral que se apoya sobre lo que pretende negar: que los valores morales estén efectivamente presentes en el Derecho. Éstos no podrían verse ya como valores meramente "conceptuales", epistémicos o atribuidos, sino como valores prácticos sustantivos. Esto presupone una concepción normativa de la teoría del Derecho y, por tanto, una comprensión de la filosofía jurídica como filosofía práctica.

Y de ahí, en definitiva, que el discurso de los valores jurídicos —la axiología jurídica— no pueda entenderse como un *tercer* discurso o parte de la filosofía del Derecho independiente del discurso sobre el concepto del Derecho (ontología jurídica) o sobre sus formas de conocimiento (epistemología jurídica). Eso no sería, a fin de cuentas, sino un resabio de la visión positivista del Derecho. Y no sólo un resabio, sino también una rémora. Pues la concepción más coherente con la verdadera posición que el Derecho ocupa dentro del espacio

---

39 Ferrajoli (2008: 57ss.).
40 Postema (1998).
41 Waldron (2001).

político-moral —precisamente por la centralidad que para él tienen los valores—, esto es, la concepción postpositivista que llamamos constitucionalismo o la visión argumentativa del Derecho, supone trascender ese planteamiento metódico avalorativo del positivismo para concebir la filosofía del Derecho como filosofía práctica integrada con la filosofía moral y política. La universalidad del concepto del Derecho o de su conocimiento (y, por tanto, la universalidad de la filosofía jurídica) no podría recluirse en ningún recinto categorial, como si se tratase de un concepto "natural", "criterial" o "semántico" (es decir, científico). La idea de construir un concepto universal del Derecho ha estado presente desde muy antiguo en la historia de la filosofía jurídica (desde el *koinos nomos* griego y el *ius gentium* romano hasta el Derecho natural medieval y el Derecho racional moderno o la teoría general del Derecho positivista), pero siempre ha sido en realidad un proyecto *filosófico*. El concepto del Derecho es un "concepto interpretativo" construido a partir de ideas y concepciones presentes en la práctica jurídica y en los conceptos doctrinales del Derecho metódicamente ligados a su punto de vista interno justificativo, a la *prudentia iuris*[42]. Lo verdaderamente universal en el Derecho serían entonces los valores mismos entendidos como ideas de vocación trascendental desde los cuales puede remontarse (totalizarse críticamente) el anclaje histórico contingente o particularista de tal práctica justificativa. La categoricidad de la instituciones y normas jurídicas es contextual, siempre fragmentada en círculos regionales idiográficos e idiorrítmicos (Estados nacionales, familias jurídicas, tradiciones culturales, etc.), dado que las normas aunque objetos abstractos son individuos en sentido lógico. Sólo los valores serían susceptibles de universalización cuando juegan su rol justificativo y aparecen así como las verdaderas ideas que hacen de la práctica jurídica una práctica racional, universalizable. En la medida en que esas ideas dejen de estar presentes en ella, perderá aquello que le presta verdaderamente racionalidad. Y en la medida en que la filosofía jurídica pretenda prescindir de ellas, para presentarse como más "técnica" o más "científica", pondrá en riesgo su propia pretensión de universalidad, que no es la de una filosofía teórica sino práctica.

REFERENCIAS

ATIENZA, M. (1989), *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova.

— (2013), *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.

— (2015), "La filosofía del Derecho como filosofía «regional»", disponible en http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es; ahora también en http://iusfilosofiamundolatino.ua.es

BOBBIO, N., "Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho" [1962], en *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, pp. 91-101.

BUENO, G. (1970), *El papel de la filosofía en el conjunto del saber*, Madrid, Ciencia Nueva.

— (1999), *¿Qué es la filosofía?*, Oviedo: Pentalfa.

COTTERRELL, R. (2014), "Why Jurisprudence is not Legal Philosophy", *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought*, 5/1: 41-55.

DÍAZ, E., (1992), *Sociología y Filosofía del Derecho* [1971], Madrid, Taurus.

DWORKIN, R., (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.

[42] Quien mejor ha comprendido este punto es, sin duda, Dworkin, cf. (2010).

— (2006), *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
— (2010), "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", *Isonomía*, 32: 7-29 (trad. L. García Jaramillo).
FERRAJOLI, L. (2008), "La Teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos", en FERRAJOLI, L., MORESO, J.J. y ATIENZA, M., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 25-69.
GONZÁLEZ VICÉN, F., "La Filosofía del Derecho como concepto histórico", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV (1969), pp. 15-65.
GUASTINI, R. (2011), *La sintassi del diritto*, Torino: Giappichelli.
HART, H. L. A. (1987), "Comment", en GAVISON, R. (ed) *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 35-42.
KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten* [1797], *Kants Werke Akademie-Textausgabe*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1968, vol. VI, pp. 203-494.
KELSEN, H. (1962), "¿Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?", *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
MARMOR, A. (2011) *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton UP.
NAGEL, T. (2000), *La última palabra. La razón ante el relativismo y el subjetivismo* [1997], Barcelona: Gedisa.
NINO, C.S. (1994), *Derecho, moral y política*, Barcelona: Ariel.
OAKESHOTT, M. (2008), "The Concept of a Philosophical Jurisprudence" [1938] en *The Concept of a Philosophical Jurisprudence*, Exeter: Imprint Academic.
POSTEMA, G. J. (1998), "Jurisprudence as Practical Philosophy", *Legal Theory*, 4: 329-357.
— (2015), "Jurisprudence, the Sociable Science", Virginia Law Review, 101/4: 869-901.
POUND, R. (2002), *The Ideal Element in Law* [1958], Indianápolis, Liberty Fund, Inc., 2002.
RAWLS, J., (1994), "La idea de una razón pública", *Isegoría* 9: 5-40 (trad. A. Domenech).
RAZ, J. (1991), *Razón práctica y normas* [19902], trad. J. Ruiz Manero, Madrid, CEC.
— (1995), *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press.
ROSS, A. (1994), *Sobre el Derecho y la justicia* [1953], trad. G. Carrió, B. Aires, Eudeba.
SACRISTÁN, M. (1968), *Sobre el lugar de la Filosofía en los estudios superiores*, Barcelona, Nova Terra.
SEN, A. (2009), *The Idea of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
VIEHWEG, Th. (1991), "La Filosofía del Derecho como investigación básica" [1961], en Id., *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 29-51.
WALDRON, J. (1994), "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", *California Law Review*, 82/3: 509-540.
— (2010), "Normative (or Ethical) Positivism", en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to* The Concept of Law, Oxford, Oxford UP, 410-433.